EB 2012/081

Resolución 28/2013, de 25 de abril de 2013, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, que resuelve el recurso especial interpuesto por Mier Comunicaciones, S.A. frente a la no admisión de la oferta a los lotes 4, 5 y 6 del acuerdo marco que tiene por objeto la homologación de equipamiento TDT destinado a la extensión de cobertura de nuevos múltiplex que debe adquirir ITELAZPI, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Mediante anuncio insertado en el Diario Oficial de la Unión Europea (2012/S 13-020869) el día 20 de enero de 2012 se dio publicidad a la convocatoria de la licitación para el acuerdo marco para la homologación de equipamiento TDT destinado a la extensión de cobertura de nuevos múltiplex que deba adquirir Itelazpi, S.A. Asimismo, se dio publicidad a la adjudicación del acuerdo marco de referencia en anuncio insertado en el BOE núm. 21 de 25 de enero de 2012.

De acuerdo con la cláusula 6 del Pliego de Condiciones Generales del acuerdo marco de referencia (en adelante PCG) el valor estimado del negocio jurídico asciende a 4.500.000,00.- €, IVA excluido.

SEGUNDO: Según consta en acta, la mesa de contratación de Itelazpi en su reunión de 20 de septiembre de 2012 facilitó a los asistentes al acto el resultado de la valoración del sobre nº 2-A según el cual determinados modelos han sido desestimados por incumplir alguna o algunas de las especificaciones técnicas establecidas en el Pliego de Bases Técnicas (en adelante, PBT). En concreto, en lo que a la oferta de Mier Comunicaciones, S.A. se refiere, no cumplen los siguientes modelos: Lote 4, modelo MRTVD 10W y modelo MRTVD 5W, Lote 5, modelo MRTVD 2W y modelo MRTVD, Lote 6, modelo MRGTVD 2W y modelo mrgtvd 1W. En el informe técnico emitido se indica que «(…) El rango de funcionamiento de entrada de estos equipos es inferior a lo exigido en el pliego van -75 a -20 dBm».

TERCERO: Mediante escrito remitido el día 8 de octubre de 2012 al órgano de contratación mediante burofax y que causa asiento de presentación el 9 de octubre de 2012, Mier Comunicaciones, S.A. (en adelante, operador económico recurrente) presenta recurso especial en materia de contratación frente al acuerdo de no admisión de los bienes ofertados a los lotes 4, 5 y 6 del acuerdo marco de referencia.

El día 19 de octubre de 2012 el Titular del OARC/KEAO procedió a trasladar el recurso especial en materia de contratación a los interesados no habiéndose presentado alegación alguna al recurso.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Queda acreditada en el expediente la legitimación de Mier Comunicaciones, S.A. y la representación del compareciente D. Pedro Mier Albert, para la interposición del recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo previsto en el los artículos 42 y 44. 4. a) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).

SEGUNDO: Se impugna un acto de trámite de un acuerdo marco de un suministro de un valor estimado de 4.500.000,00 € (IVA excluido) y, conforme al artículo 40.1. a) del TRLCSP:

> «1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran los siguientes tipos de de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:
>
> a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.»

TERCERO: El acto contra el que se interpone el recurso especial es el acuerdo adoptado el día 20 de septiembre de 2012 por la mesa de contratación de Itelazpi de exclusión de la licitación de las ofertas efectuadas por el operador económico recurrente a los lotes 4, 5 y 6 del acuerdo marco de referencia.

Según el artículo 40.2. b) TRLCSP pueden ser objeto de recurso especial en materia de contratación:

> «b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.»

CUARTO: El recurso especial se plantea en tiempo y forma, ya que el recurrente tuvo conocimiento de la exclusión el día 26 de septiembre de 2012 y el recurso especial ha causado asiento de entrada en el órgano de contratación el día 9 de octubre de 2011, dentro del plazo de 15 días hábiles contados desde la remisión de la comunicación del acto impugnado, tal y como indica el artículo 44.2 del TRLCSP.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Itelazpi es un poder adjudicador por tratarse de una entidad jurídico privada cuyo capital es íntegramente público (Art. 3.3. b) del TRLCSP), pero no tiene la condición de Administración Pública (Art. 3.2 del TRLCSP).

De conformidad con lo dispuesto en el art. 20 del TRLCSP estos contratos tendrán la consideración de contratos privados y «(…) se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. (…).»

En este sentido, la cláusula 3.- REGIMEN JURÍDICO DEL ACUERDO MARCO del PCG en su apartado 3.1. establece que «La preparación y adjudicación del acuerdo marco se regirán por el presente PCG, por el Pliego de Bases Técnicas, y por las disposiciones del TRLCSP, …».

SEXTO: El acto impugnado es el de no admisión de la propuesta contractual del operador económico recurrente a los lotes 4, 5 y 6 del acuerdo marco de referencia por no cumplir con la especificación técnica de que los productos ofertados cumplan con el rango dinámico de entrada entre -75 y 0 dBm. La pretensión del recurso es la de que se declare la nulidad de la adjudicación de los mencionados lotes por motivo del perjuicio causado al operador económico recurrente, basándose para ello en que la decisión de no incluir su oferta en la adjudicación de los citados lotes se basó en el Manual del Equipo Serie Modular Multicanal (Anexo 11), página 9 y 19 y en el data Sheet de presentación de dicho producto (Anexo 9), página 5 en los que si bien es cierto que con carácter general en dichas páginas se menciona un valor de -20 a -75dBm, en ambos casos se deja constancia por escrito de que dichos niveles están sujetos a modificaciones y de que es posible recibir niveles mayores a -20 dBm, en particular en el pié de página del Anexo 9 y en la página 20 del anexo 11. Asimismo, alega que se acreditó el cumplimiento de las prescripciones mediante la inclusión en el sobre nº 2 presentando el Anexo 3 de fichas resumen de las características de cada equipo y del Anexo 4 de cumplimiento de las especificaciones técnicas.

Por su parte, el poder adjudicador opone que la exclusión del operador económico recurrente se debió a que no cumplió los requisitos establecidos en los pliegos. Los artículos 5.2 y 5.3 del PBT que rige la licitación exigen que los reemisores de isofrecuencia y los reemisores regenerativos que oferte los licitadores tengan un rango dinámico de entrada entre -75 y 0 dBm. Ello no obstante, los equipos ofertados por el operador económico recurrente tienen un rango dinámico de entrada de entre -75 y -20 dBm. Señala que esta circunstancia se infiere del manual del equipo Serie Modular Multicanal y el Data Sheet de presentación de dicho producto, en particular de la página 19 del manual que recoge las especificaciones técnicas de los equipos y de la página 20 en la que se prevé que el equipo «(…) admite niveles entre -20 y -75 dBm. Es posible recibir niveles mayores a -20 dBm con el CAG RF activado ». Opone que, según el propio manual sólo en supuestos excepcionales se puede superar dicho nivel (no especifica hasta cuánto) sin que el mismo pueda superar nunca los -15 dBm (y, por tanto, sin que pueda llegar hasta -14, -13, -12 y así sucesivamente

hasta el máximo que establece el PBT, que es 0). Señala que, a este respecto, debe tenerse en cuenta que el propio manual del producto incluye un diagrama en el que se refleja que el rango de seguridad de los equipos ofertados está entre -70 y -15 dBm. Alega que el operador económico recurrente, en su escrito de recurso declara que sus equipos "*pueden*" recibir niveles mayores a 20 dBm pero, sin embargo, no especifica cuánto de mayores ni en qué condiciones o supuestos. Tampoco declara si pueden llegar o no a 0 dBm

SÉPTIMO: La cuestión de fondo del recurso planteado versa sobre el cumplimiento de las especificaciones técnicas contenidas en el PBT por parte de los bienes ofertados por el operador económico recurrente.

Su resolución requiere examinar si la mesa de contratación del poder adjudicador se ajustó en su actuar a lo dispuesto en el PBT. Se ha de poner de manifiesto que este pliego no ha sido impugnado por ninguno de los interesados en la adjudicación del contrato por lo que su aceptación conduce a que éstos sean la verdadera ley del contrato (STS de 28 de noviembre de 2008), como expresión de las relaciones nacidas de la convención de voluntades y a los cuales se encuentran sometidos tanto los licitadores como el poder adjudicador. En consecuencia, el cumplimiento o incumplimiento de las especificaciones técnicas en él contenidas se convierte en una cuestión de interpretación de un documento contractual y, además, en el caso que nos ocupa, en una cuestión de prueba de su cumplimiento por el recurrente.

Entrando en el examen del motivo de exclusión de la oferta del operador económico recurrente a los lotes 4, 5 y 6 del acuerdo marco de referencia hay que partir del examen de la cláusula que contiene la especificación técnica que ha motivado la no admisión de ciertos equipos ofertados por el operador económico recurrente.

El Lote 4 se refiere a la homologación de marcas y modelos de equipos remisores (gap-fillers) de potencias comerciales próximas a 10 w / 5 w, el Lote 5 a la homologación de marcas y modelos de reemisores (gap-fillers) de potencias próximas a 2 w / 1 w y el Lote 6 a la homologación de marcas y modelos de equipos reemisores regenerativos para red isofrecuencia de potencias comerciales próximas a 2 w / 1 w.

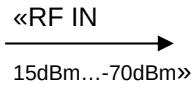
Las especificaciones técnicas de estos equipos se desarrollan en dos cláusulas del PBT:

> **5.2.- REEMISOR ISOFRECUENCIA**
> (…)
> 5.2.1.- Especificaciones técnicas.
> (…)
> - Rango dinámico de entrada entre -75 y 0 dBm.
>
> (…)
> **5.3.- REEMISOR REGENERATIVO**
> (…)
> 5.3.4.-Especificaciones técnicas.
> - Rango dinámico de entrada entre -75 y 0dBm.
>
> (…)

La especificación está redactada en términos claros y no admite interpretación alguna, de tal manera que los reemisores de isofrecuencia y los reemisores regenerativos ofertados han de cumplir con un rango dinámico de entrada entre -75 y 0 dBm.

En el sobre 2-A referido a «Documentación técnica que contiene los aspectos relativos a los criterios de adjudicación cuya valoración depende de un juicio de valor» presentado por el operador económico recurrente figura como Anexo 9 el datasheet de la serie modular en el que en la página 5 figura la ficha de las especificaciones técnicas, en la que, dentro del apartado «Módulo primer conversor», se especifica «nivel de entrada -75 dBm..-15 dBm». En contra de lo que afirma el operador económico recurrente, de que en esta hoja de especificaciones técnicas del Anexo 9 se deja constancia de que dichos niveles están sujetos a modificaciones, la única anotación que ha observado este órgano resolutorio es la que señala en una nota a pie de página «* Especificaciones referenciadas a DVB-T/H. Para otros estándares por favor contactar con Mier Comunicaciones». Es decir, no se observa que se deje constancia de que los niveles de rango dinámico se puedan ampliar al rango solicitado en el PBT.

Por su parte, en el Anexo XI, donde se aporta el «Manual del usuario SERIE MODULAR», en la página 9 figura el diagrama de bloques de señal del primer conversor Gap-Filler, donde en primer término se especifica



y en la página 19, donde figura la tabla con las especificaciones técnicas del primer conversor gap-filler, se señala que el margen de señal de entrada es de -20 a -75 dBm, si bien en la siguiente página, la 20 de dicho manual, se especifica que «RFIN.- Entrada señal de RF. Admite niveles entre -20 y -75 dBm. Es posible recibir niveles mayores a -20 dBm con el CAG de RF activado».

De la lectura conjunta de ambos documentos se deduce que la admisión de mayores niveles de entrada de señal RF se limitaría a -15 dBm, pero no a 0 dBm, que es lo exigido en el PBT.

OCTAVO: La regulación legal de las prescripciones técnicas se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, refiriéndose a aquellas instrucciones de orden técnico con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación objeto del contrato, y conforme al párrafo 3.a) del artículo 117 TRLCSP las prescripciones técnicas podrán definirse haciendo relación a especificaciones técnicas.

El punto 1.b) del Anexo VI de la Directiva 2004/18/CE define lo que se ha de entender por especificación técnica de la siguiente forma:

> «b) «especificación técnica», cuando se trate de contratos públicos de suministro o de servicios: aquella especificación que figure en un documento en el que se definen las características exigidas de un producto o de un servicio, como, por ejemplo, los niveles de calidad, los niveles de actuación sobre el medio ambiente, el diseño para todas las

necesidades (incluyendo la accesibilidad de los discapacitados) y la evaluación de la conformidad, de propiedad de empleo, de utilización del producto, su seguridad o dimensiones, incluidas las prescripciones aplicables al producto en lo referente a la denominación de venta, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso, los procedimientos y métodos de producción, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad.»

En este sentido, se observa que el PBT contiene una descripción de las especificaciones técnicas exigidas a los bienes a homologar, que se definen de forma obligatoria, de tal manera que resulta obligatoria su acreditación por parte de los licitadores y aquellos bienes que no cumplan con alguna de las especificaciones no van a ser admitidos al procedimiento de licitación.

Esta es la conclusión que se deriva de la lectura de la cláusula 2 del PBT que dispone que

> **«2.- OBJETO DEL EXPEDIENTE**
> Las especificaciones técnicas solicitadas en el presente pliego son obligatorias y su no cumplimiento o superación supondrá la exclusión del proceso de homologación, no procediéndose a valorar ningún otro aspecto de la oferta. (…)»

En la descripción de las especificaciones técnicas de los bienes ofertados por el operador económico recurrente se ha de tener en cuenta que la ficha técnica del bien a suministrar es clara al señalar que su margen de señal de entrada es de -20 a -75 dBm y que en ningún momento se especifica que éstos puedan llegar a los 0dBm, únicamente se pone de manifiesto, en el apartado de interfaces del panel frontal, que es posible recibir niveles mayores a -20 dBm pero no especifica estos niveles mayores a cuanto llegan y de su lectura conjunta con la información que figura en la página 9 se desprende que los niveles mayores se refieren a -15 dBm sin que quede acreditado que pueda alcanzar 0dBm, que es lo exigido.

De todo ello se debe concluir que de la documentación probatoria aportada por el recurrente en su oferta económica sobre el cumplimiento por los bienes ofertados de las especificaciones técnicas no se deriva que éstos cumplan con el requerimiento del rango dinámico solicitado en el PBT.

Por otra parte, en lo que respecta a la alegación efectuada por el recurrente del cumplimiento de la especificación solicitada a través de la ficha resumen de las fichas de especificaciones técnicas de los bienes que ha sido aportada como Anexo III en el sobre 2 de su oferta, cabe indicar que se trata de un cuadro resumen elaborado por el propio licitador sobre la base de los documentos probatorios de las especificaciones, que son el documento de Datasheet y el manual de usuario de los bienes, que por si sola carece de carácter probatorio pues son estos últimos documentos los que deben indicar las características y especificaciones técnicas de los bienes ofertados.

NOVENO: El artículo 1 del TRLCSP establece como uno de sus fines el de garantizar el principio de no discriminación e igualdad de trato de los contratos. Asimismo, el artículo 190 en relación con el 139 del TRLCSP, dispone que «Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia».

El principio de igualdad de trato implica que todos los potenciales licitadores deben conocer las reglas del juego y éstas se deben aplicar de la misma manera. Estos principios se han cumplido en el acuerdo marco cuya adjudicación se impugna pues el poder adjudicador ha definido claramente en el PBT las especificaciones técnicas que demanda de los bienes a ofertar por los licitadores y éstas se han definido como necesarias y obligatorias pues en la cláusula 2 del PBT se señala expresamente que su no cumplimiento será causa de exclusión del procedimiento de adjudicación. De lo que cabe deducirse que el licitador en el momento de la presentación de la oferta conocía los requisitos que debían cumplir los bienes ofertados así como la consecuencia del no cumplimiento

De acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava del a Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del a Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar recurso especial interpuesto por D. Pedro Mier Albert en representación de Mier Comunicaciones, S.A. frente a la no admisión de la oferta a los lotes 4, 5 y 6 del acuerdo marco que tiene por objeto la homologación de equipamiento TDT destinado a la extensión de cobertura de nuevos múltiplex que debe adquirir ITELAZPI, S.A.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

CUARTO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2013ko apirilaren 25a
Vitoria-Gasteiz, 25 de abril de 2013